

FEDERICO VIDELA ESCALADA

Profesor Adjunto Interino de Derecho Civil (III)



I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Se ha convertido ya en un lugar común comenzar todo estudio referente a la sociedad en el Código Civil con la afirmación de la pérdida paulatina de importancia de la sociedad civil, prácticamente eliminada del campo de la vida contemporánea, donde la sociedad comercial monopoliza el interés y la importancia.

De ahí se señala, que la mayor trascendencia que revisten las reglas del Código Civil, en esta materia, proviene de su carácter de supletorias de las del Código de Comercio.

Esa afirmación es cierta, pero sólo en parte, ~~ya~~ puede negarse la mayor importancia que han adquirido las sociedades comerciales ni tampoco desconocerse que han desolazado ampliamente a las civiles, tanto en cuanto a número como a volumen de sus capitales y operaciones.

Pero no cabe, sin embargo, exagerar y llevarla a sus últimos límites: muchos son todavía, especialmente en nuestro país, los casos de sociedades civiles; basta destacar, para comprobarlo, que ellas comprenden a todas las entidades constituidas con propósito de lucro, siempre que no sean comerciales por su forma, dedicadas a operaciones sobre bienes inmuebles, ó actividades docentes, a explotaciones agropecuarias, etc.

La inexistencia de una enumeración legal ha hecho más factible la imprecisión de los conceptos y ha dejado librada a la jurisprudencia y a la doctrina la determinación de los diversos tipos de sociedades según su objeto.

Quando se emprendió la Reforma del Código Civil se tuvo en cuenta esta deficiencia legislativa y el Proyecto de 1938 quiso suplirla mediante los artículos 1208 y 1209 de los cuales el último disponía que eran comerciales por su forma, cualquiera fuera su objeto, las sociedades anónimas y las en comandita por acciones y el 1208 traía la enumeración de sociedades civiles, deter-

minando así, con toda exactitud, el ámbito de aplicación originaria de las normas pertinentes del Código Civil.

Esa enumeración comprende a las que tuvieron por objeto:

- 1º Constituir derechos reales sobre inmuebles y darios o tomarlos en locación.
- 2º La explotación agrícola, ganadera o forestal, ya en fundos propios o arrendados a ese efecto, aunque los animales hubieren sido adquiridos para ese fin.
- 3º El ejercicio de profesiones liberales o el trabajo de los artesanos.
- 4º Los institutos educativos.
- 5º La explotación mineral, o de aguas comunes, minerales o termales.
- 6º Todo ramo no incluido entre los actos de comercio.

El artículo aclara que "la transformación de los productos de una sociedad civil no desnaturaliza su carácter aun cuando para ello utilice o adquiera elementos".

Sin perjuicio de volver a comentar estas disposiciones del Proyecto de 1938, al considerar las distintas especies de sociedades y enfocar la distinción entre las civiles y las comerciales, resulta oportuno formular desde ahora esta aclaración sobre el ámbito de aplicación y vigencia de las normas civiles, porque ello puede disipar un malentendido y restablecer en su justa medida la importancia de la consideración de esas normas.

La elocuencia de la enunciación reproducida exige de extender el comentario: basta poner de relieve que incluye a actividades fundamentales en el campo económico, en el orden cultural y en el aspecto profesional, particularmente interesantes los dos últimos para nosotros, universitarios.

II. Concepto

Con el objeto de dar un concepto amplio de este contrato, sin prescindir, por ello, de destacar la importancia de la norma positiva que nos rige, cabe reseñar, además de ella, otras dos definiciones de Códigos de orientación distinta y de otros tantos autores, también de diferente formación.

Dice el artículo 1648 del Código Civil: "Habrá sociedad cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado".

El Proyecto de 1938 siguió, mejorando la redacción, la línea del Código que se inspiró, a su vez, en el Código Napoleón.

Otro cuerpo legal de análoga fuente, el español, en su artículo 1665, define: "La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con el ánimo de partir entre sí las ganancias".

Por su parte, el más famoso de los Códigos modernos, el alemán, en su artículo 705, dispone: "Por el contrato de sociedad, los socios se obligan recíprocamente a perseguir la obtención de un fin común en la manera determinada por el contrato y, especialmente, a realizar los aportes convenidos".

Puede apreciarse, sin necesidad de comentario alguno, la substancial diferencia, que también se refleja en las definiciones que dan representantes de las respectivas doctrinas nacionales.

Así en el Tratado de Planiol y Ripert, en el Tomo XI, N° 980, se lee: "La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas convienen en formar un fondo común, mediante aportes a realizar por cada una de ellas, con el fin de dividir el beneficio que pudiere resultar".

Y, en cambio, en el de Enneccerus-Kipp-Wolff, en el Tomo II de Obligaciones § 172, II, se consigna: "Sociedad es el contrato por el cual varias personas se obligan recíprocamente a propulsar, mediante una cooperación, un fin común".

El acento está centrado, evidentemente, en notas distintas.

Si la posibilidad de que sean más de dos los integrantes de una sociedad y la necesidad de que efectúen aportes, aparece en unas y otras, la corriente francesa, seguida por nuestra legislación, incluye algunos requisitos que no aparecen en la alemana.

En efecto, ésta prescinde del propósito de lucro, y, por consiguiente, tampoco la participación en las utilidades eventuales reviste la importancia que le asigna la definición clásica.

Todo ello trae como consecuencia que el contrato de sociedad revista un aspecto más económico en la tendencia francesa, y sea más amplio su contenido en la alemana, donde numerosos entes que, entre nosotros, serían considerados asociaciones son calificados allí como sociedades.

Así se ha declarado que son sociedades las entidades constituidas, por ejemplo, para llevar adelante una campaña política, para instalar un museo, para montar una obra teatral de divulgación sin posibilidad de producir ganancias, etc.

III. CARACTERES

Puede caracterizarse a la sociedad como un contrato:

- 1. a) Consensual,
- 2. b) Bilateral,
- 3. c) A título oneroso,
- 4. d) Commutativo,
- 5. e) No formal,
- 6. f) De tracto sucesivo,

a) El solo acuerdo de voluntades de las partes perfecciona el contrato, siendo de señalar que no sólo origina diversas consecuencias patrimoniales, sino que también hace nacer a la entidad colectiva, que Lafaille designaba como "corpus mysticum".

El carácter de contrato consensual surge de la redacción del artículo 1648, donde se expresa que los socios se obligan, no que entregan los aportes, hallándose confirmado, además, por otras disposiciones de este Título del Código, como, por ejemplo, los artículos 1721 y 1723, donde se prevén las responsabilidades del contratante que no aportó en el tiempo convenido el dinero o los bienes prometidos.

b) La bilateralidad aparece clara, sin requerir mayores explicaciones; también los términos del artículo 1648, "mutuamente obligado", no permiten dudas ni interpretaciones encontradas: en cuanto se constituye el contrato surgen para todas las partes obligaciones recíprocas.

Sólo cabe señalar (y esto vuelve a ponernos en contacto con un tópico que se tratará oportunamente: el de la personalidad de la sociedad) que, al nacer por el contrato un ente de derecho distinto de sus componentes, también a su respecto se crean derechos y obligaciones de los socios frente a él: rasgo característico del que no se puede prescindir.

c) También, la onerosidad es indubitante: la nota de Villos al artículo 1648 es definitiva al respecto, ya que hace hincapié, como en el aspecto fundamental, en el propósito de lucro que debe inspirar a la sociedad.

Por otra parte, el artículo 1650 dispone que cada socio está obligado a efectuar un aporte, bajo pena de nulidad y, a mayor abundamiento, correlacionando estos dos aspectos, puede recordarse que ese aporte imprescindible se hace con el objeto preciso de obtener una utilidad apreciable en dinero, de la cual se ha de participar.

Sin embargo, existen casos en que, bajo la apariencia de una sociedad, se han encubierto liberalidades, como, por ejemplo, cuando, existiendo igualdad en los aportes, una parte recibe mayor participación que otra en las utilidades. Esta circunstancia no desvirtúa, en manera alguna, el carácter oneroso del contrato de sociedad.

Se trataría de un acto simulado, no de una verdadera sociedad y el criterio para apreciar la naturaleza del convenio sería, en cada caso, la existencia o no de "animus donandi", por parte de quien resultare menos favorecido por las estipulaciones contractuales (Planiol y Ripert, Tratado T. XI, N° 980).

Es posible, en efecto, que exista la intención de una de las partes de beneficiar a otro u otros de los socios, pero también puede surgir la desigualdad de alguna causa no aparente, como podría ser la imposición de uno de los socios para ingresar a la entidad y aportarle, así, el prestigio comercial de que gozase o la experiencia adquirida en actividades semejantes a las proyectadas, imposición que sus co-contratantes considerasen justificada por tener un interés muy grande en su presencia en la sociedad.

d) No aparece tan notadamente el carácter conmutativo que ha dado lugar, inclusive, a divergencias doctrinarias. Sin embargo, la cuestión está definitivamente resuelta y hay razones valideras para que así sea.

Conviene aclarar debidamente el tópico, ya que en la definición de la "affectio societatis", como se verá oportunamente, hay quien ha tenido en cuenta, como elemento primordial, la existencia de un riesgo especial, engendrado por la vida de la sociedad, considerada como "empresa".

Se ha dicho acertadamente que, siendo recíprocas las obligaciones de los contratantes, la situación se define por la circunstancia de ser cierta y conocida la magnitud del compromiso asumido por cada uno de ellos, aunque se desconozca el resultado económico final de la empresa.

Este desconocimiento del resultado económico futuro no influye ni puede influir en la caracterización de la figura jurídica pues, si se la tomase en cuenta a tales efectos, no existiría convención alguna que no fuese aleatoria, ya que el riesgo existente en cuanto al resultado es común a cualquier operación.

Lafaille ha dicho, en tal sentido, que también la compraventa sería siempre aleatoria por las variaciones que puede experimentar el valor de la cosa vendida.

En realidad, el socio conoce la proporción determinada que va a corresponderle, en relación con el aporte efectuado; lo único contingente sería el resultado de los negocios sociales y esto ocurre en todos los contratos, prácticamente sin excepción.

En cuanto al riesgo de especial, condición que volverá a presentarse al tratar de la "affectio societatis", proviene de la circunstancia siguiente: en otros contratos puede fallar, por ejemplo, la solvencia de un comprador a plazo o de un locatario, pero el derecho de cobrar el precio queda intacto, mientras que aquí si la sociedad (debe recordarse que tiene personalidad) lleva a cabo un negocio económicamente malo, al socio nada le queda, ni siquiera un derecho desprovisto de eficacia práctica pero teóricamente vigente.

De este rápido esbozo surge claramente la posibilidad de desechar la caracterización de la sociedad como aleatoria.

e) La cualidad de contrato no formal está expresamente especificada en el artículo 1683 del Código, que dispone: "El contrato de sociedad puede ser hecho verbalmente o por escrito, por instrumento público, o por instrumento privado, o por correspondencia..."

Esto no obsta a que, por motivos de prueba, se exijan ciertas formalidades, que llevarán a la distinción entre sociedades regulares e irregulares o de hecho; ambas tienen su respectivo régimen previsto en la ley.

f) Finalmente, es la sociedad un contrato de tracto sucesivo; carácter no siempre puesto de relieve por los autores que lo han estudiado y que, no obstante, aparece en forma innegable si se lo analiza, aunque sea someramente y en su funcionamiento más elemental.

Puig Brutau (T. II, pág. 406) lo ha expuesto con sobria brevedad: "Es un contrato de tracto sucesivo en cuanto la situación jurídica creada es duradera. La subsistencia de la sociedad determina la subsistencia de la calidad de socio."

Conviene hacer también aquí una remisión que vaya aclarando algo desde ahora el espinoso concepto de la "affectio societatis". Precisamente de su condición de convención de tracto sucesivo se ha podido enfocar a ese tipo particular de riesgo que antes se mencionara para explicar aquella noción: se ha hablado, en efecto, de aceptación del alza de la empresa y, precisamente, existe la empresa y, por ende, nacen los riesgos a ella inherentes por tratarse de un acuerdo de tracto sucesivo.

IV. ELEMENTOS

Corresponde comenzar la enunciación de los elementos de la sociedad señalando que existen algunos comunes a todos los contratos y otros que le son típicos y característicos.

En los primeros (consentimiento, capacidad de las partes, objeto y forma) interesan las modificaciones introducidas, al legar este contrato, respecto a su régimen general y, también, alguna aplicación especial que exista dentro de su ámbito respectivo.

Cabe señalar que, en relación al objeto y la forma, en esta primera explicación se señalarán sus aspectos más generales, debiendo volver luego a considerarlos al analizar las disposiciones de los respectivos Capítulos del Código, donde se estudiarán, tam-

bién, los regímenes de las sociedades de objeto ilícito y las irregulares.

La otra subdivisión, la de los elementos típicos o propios del contrato de sociedad, comprende al aporte, el arrendato de lucro, la división de las utilidades y las pérdidas y la "affectio societatis".

[1. - ELEMENTOS COMUNES

[A) Consentimiento

No existen modificaciones de fondo a las disposiciones sobre el consentimiento, contenidas en los artículos 1144 y siguientes, en la parte general de los contratos.

Solo cabe señalar la importancia que reviste este elemento por tratarse de una figura consensual y recalcar una vez más que no debe considerarse incluido dentro del consentimiento a la "affectio societatis".

Debe tenerse en cuenta lo dispuesto sobre los llamados, en nuestro Código, "vicios del consentimiento", (y que sería más exacto denominar "vicio de la voluntad") de acuerdo a lo establecido en los artículos 1187 y siguientes).

En caso de haber existido alguno de los vicios de violencia, error o dolo, cualquiera de los socios puede pedir la nulidad del contrato, salvo, naturalmente, quien hubiera obrado con dolo o ejercido violencia física o moral.

La violencia es poco verosímil en la concertación de este contrato, no existiendo en nuestros repertorios de jurisprudencia constancia ninguna de que haya habido casos en nuestro país, observación análoga a la contenida, respecto a la jurisprudencia francesa, en el Tomo XI N° 1.000, del mencionado Tratado de Planiol y Ripert; es más fácil concebir la posibilidad de que exista fuerza o intimidación para mantener a un socio dentro de una sociedad que esté ya funcionando y de la cual quisiera retirarse.

El dolo se presenta con todas las condiciones que estableció el codificador al reglamentario, en el artículo 932, o sea que, para que pueda anularse un contrato de sociedad por dolo será necesario que hayan existido maniobras dolosas tales que, sin su existencia, el otro socio no hubiese contratado.

Sería, pues, necesario que se hubiesen presentado, por ejemplo, balances o documentaciones que fuesen inexactos o directamente falsos y no sería, por el contrario, suficiente la reticencia ni las informaciones incompletas ni siquiera cuando fuesen inexactas, que hubiesen podido verificarse con una diligencia ordinaria de los interesados. Además, debe recordarse que esa

documentación dolosa debe haber sido la causa determinante del consentimiento del socio perjudicado.

En materia de error, cabe formular algún breve comentario; debe ser esencial: por ejemplo, recaer sobre el objeto del contrato o sea, las actividades a que ha de dedicarse la sociedad; también podría haber error sobre la cosa si versara sobre alguna de las cualidades esenciales de los aportes de los socios, sin que pueda sostenerse que hay error esencial ni, por ende, anular el acto por errores (por otra parte, muy frecuentes) sobre el valor de los aportes o las posibilidades de éxito de la empresa.

En las sociedades civiles que, casi sin excepción, son intuitus personae, el error sobre la persona es apto para originar su nulidad.

Para terminar, cabe señalar que el objeto de la anulación del acto, para quien la persigue, es volver a la misma situación que tenía antes de contratar pero que no puede prescindirse de los derechos de los terceros, que pudiesen haber resultado afectados por las actividades sociales.

B) Capacidad

La ausencia de normas específicas obliga a remitirse a los artículos 1160 y siguientes referentes a la capacidad de contratar, en general.

Por consiguiente, quienes pueden contratar, pueden celebrar un contrato de sociedad (Lafaille T. II N° 541).

La constitución de una sociedad está equiparada a un acto de disposición, principio del cual surgen en el Código diversas manifestaciones y cuyo fundamento será examinado luego.

De este principio derivan diversas consecuencias:

Aún cuando los aportes de los socios consistan en obligaciones de dar el uso y goce de determinados bienes y no existe, por consiguiente, transferencia de dominio u otro derecho real, o bien, consistan en obligaciones de hacer, o sea en trabajo o industria, se requiere la capacidad necesaria para disponer.

Para constituir una sociedad por mandatario se requiere poder especial (art. 1881, inc. 13), así como los representantes de los incapaces deben obtener autorización especial del Juez, con audiencia del Ministerio Público.

Se han dado diversos argumentos para fundar este principio.

Así, se ha dicho que el capital y las energías de los socios están comprometidos en una empresa, cuyo resultado depende,

en parte al menos, de la cooperación de los otros socios y que comporta, asimismo, por su carácter de actividad que se prolonga en el tiempo, un riesgo especial. Hay en esto una manifiesta vinculación con el concepto de la "affectio societatis", tanto en lo que se refiere a la unión, cuanto al carácter de los riesgos voluntariamente aceptados.

También se ha afirmado, como argumento de innegable fuerza de convicción, que los socios se obligan por las deudas sociales.

Un tópico interesante, por el debate doctrinario y jurisprudencial que ha motivado, vinculado con las incapacidades de derecho que la ley establece con referencia al contrato de sociedad, es el de la capacidad de los esposos para realizarlo.

Tanto en doctrina como en jurisprudencia de nuestros Tribunales, las dos opiniones, la que entiende que los esposos son capaces para asociarse y la que sostiene lo contrario, han sido defendidas con serias razones.

En contra de la validez, se ha dicho que los cónyuges sólo pueden contratar entre sí respecto de los puntos expresamente enumerados en el artículo 1217 del Código Civil, que define el objeto de las convenciones nupciales, ya que el 1218 veda cualquier convención sobre todo objeto relativo a su matrimonio; por consiguiente, la única sociedad permitida entre ellos es la conyugal, forma particular, regida en subsidio por las normas del contrato de sociedad, según dispone el artículo 1262, pero institución de carácter especial, con normas propias y definidas que configuran un ente jurídico autónomo con régimen propio.

En apoyo de esta posición puede citarse un fallo de la Cámara 2da. en lo Civil y Comercial de la Ciudad de La Plata, con voto del Dr. Legón, publicado en La Ley, Tomo 71, pág. 659.

La mayoría de los autores se ha pronunciado en favor de la validez de las sociedades entre esposos, desconociendo, por ende, la incapacidad de derecho que se está tratando. Entre los fallos de los Tribunales que sientan tal principio, puede recordarse uno de Tribunal Plenario de la Ciudad de Rosario, transcrito en La Ley, Tomo 64, pág. 847, de donde se extraen los siguientes argumentos:

"Cuando el Código Civil ha querido prohibir determinados contratos entre los esposos lo ha dicho de modo bien expreso. Siendo ése el sistema de la ley de fondo, puede inferirse que aquello que no está prohibido está permitido y que los cónyuges pueden celebrar otros contratos, como el mandato, la fianza y aún la sociedad".

"Con las modificaciones introducidas al sistema legal de la sociedad conyugal a raíz de la capacidad que la ley 11.357 reco-

nose a la mujer casada, nada impide que pueda reputarse válida la sociedad entre esposos".

En este fallo, sin embargo, a pesar de ser favorable a la validez de las sociedades entre esposos, se dejó bien establecido que, al permitir su constitución, debía ponerse especial cuidado en no autorizar que se vulnerasen, por alguna cláusula del contrato, las disposiciones legales "que en lo esencial hacen al régimen y denominación de los bienes de la sociedad conyugal".

Como resumen jurisprudencial y bibliográfico sobre el tema, cabe remitirse a una nota de La Ley, Tomo 71, pág. 659, ubicada al pie del fallo del Tribunal platense antes mencionado.

C) Objeto

En esta primera parte, en que se presentan los diversos elementos del contrato de sociedad, en forma somera, a efectos de lograr una visión general, sólo cabe referirse al tema de su objeto, poniendo de relieve algunos aspectos muy fundamentales, dejando la consideración de los restantes para cuando se comente el pertinente capítulo del Código.

Define muy bien Salvat: "El objeto de la sociedad está constituido por las operaciones que ella debe realizar". Y aclara que no debe ser confundido con el fin que aquélla persigue, que es la obtención de utilidades, ni con el conjunto de los aportes.

Agrega el citado autor que el conjunto de los aportes constituye el capital social, pero esto merece una pequeña observación pues, en nuestra ley, no es totalmente exacto, ya que el artículo 1649 establece claramente que el capital social está constituido únicamente "por las prestaciones que consistiesen en obligaciones de dar".

Sólo cabe agregar, por el momento, que el Código expresamente ha exigido que la sociedad tenga un objeto lícito (artículo 1655), incurriendo así en una verdadera redundancia ya que por definición, todo contrato y, aun más, todo acto jurídico, debe tener objeto lícito (artículo 933).

Sólo se requiere aclarar prácticamente cuáles objetos pueden ser considerados lícitos y cuáles ilícitos de los que bordean la línea entre una y otra calificación. Al respecto, además de los definidos por la doctrina nacional, es interesante recordar las conclusiones de los tribunales franceses, ya que la fuente del artículo pertinente de la ley argentina es una disposición análoga del Código Napoleón.

Se mencionan como sociedades de objeto ilícito las siguientes:

La sociedad constituida entre un abogado, un procurador y

una persona que aporta los pleitos que consigue entre su clientela comercial. (Casos publicados en Jurisprudencia Argentina, Tomo 36, pág. 543 y Tomo 52, pág. 465).

La formada para explotar lenocinios por ser contraria a la moral y las buenas costumbres. (La Ley, Tomo 68, pág. 262).

La hecha para dedicarse a operaciones de contrabando.

La tendiente a realizar actos de monopolio.

La prevista para explotar juegos prohibidos por la ley. (Este caso ha dado lugar a un debate doctrinario, que recuerda Acuña Anzorena, anotando a Salvat, sobre si la nulidad regiría también para la sociedad que se formara para explotar juegos de azar en otros países donde estuvieran permitidos).

La creada para eludir impuestos.

La que agrupa a profesionales y legos para explotar la profesión de aquéllos. (Es muy común en ciertos ambientes, facilitando el ejercicio ilegal de la medicina o la instalación de farmacias a cargo de quienes carecen de preparación para regirlas).

La que tiene en vista la influencia de algún socio para conseguir cargos administrativos, etc., etc.

La nulidad de una sociedad de objeto ilícito es absoluta, pudiendo, por consiguiente, ser requerida por cualquier interesado y no admitiéndose a su respecto la prescripción ni la confirmación.

D) Forma

También sobre la forma será necesario volver, más adelante, al considerar el Capítulo que el Código le dedica, conjuntamente con lo referente a la prueba y al régimen de las sociedades irregulares, o sea las que no han cumplido las exigencias de forma impuestas.

Por ahora basta decir que el contrato, según lo dispone el artículo 1562, "puede ser hecho verbalmente o por escrito, por instrumento público, o por instrumento privado, o por correspondencia".

Sin embargo, a pesar de esta disposición, tan terminante, lo normal es la forma escrita, por motivos de prueba.

Por otra parte, en lo referente a contratos en general, hay una norma que debe ser tomada en cuenta, el artículo 1184 inciso 3°, que requiere sean hechos en escritura pública "los contratos de sociedad o sus prórrogas, cuando el capital de cada socio pase de mil pesos, o cuando algunos de los bienes aportados sean inmuebles".

Hoy es difícil concebir sociedades con aportes inferiores a mil pesos, con lo cual la excepción se ha convertido en regla.

Esta disposición sobre la forma regida por el monto del aporte de cada socio merece un breve comentario: podría, en alguna hipótesis, producirse la extraña situación de tener que otorgar escritura pública para constituir una sociedad que apenas superase los dos mil pesos de capital, cuando constase de dos socios que hubiesen aportado, por ejemplo, mil cien pesos cada uno y, en cambio, sería posible formar verbalmente una sociedad de millones de pesos de capital si fuesen muchos los socios y ninguno superase el monto de mil pesos con su respectivo aporte.

Es más razonable la disposición correspondiente del artículo 289 del Código de Comercio que toma en cuenta el total del capital social, prescindiendo de los valores de los aportes de los socios.

2. - ELEMENTOS TÍPICOS

A) El Aporte

Se ha dicho (Planiol-Ripert) que es de la esencia de toda sociedad que cada uno de los contratantes contribuya con una parte en la formación del fondo común y que se da a esa contribución el nombre técnico de aporte.

Con Blaise, se puede definir el aporte como "la puesta en común de un bien mediante la atribución de derechos sociales al otorgante".

Si se recuerdan las definiciones del contrato de sociedad que se mencionaron al comienzo de las clases y que sirvieron para comparar la orientación seguida respecto a esta figura jurídica por las tendencias latina y germana, podrá apreciarse que en ambas corrientes la necesidad de la existencia del aporte para que hubiese sociedad era uno de los elementos comunes.

Y, más aún, en el concepto que informa el Código Alemán se menciona expresamente la obligación de los socios de efectuar los aportes convenidos.

De manera que puede decirse que el más típico, o el más necesario de los elementos específicos del contrato de sociedad es el aporte; en algunos sistemas legislativos (por ejemplo, el alemán) no es necesario el propósito de lucro, en otros (seguido en ciertos distritos de los Estados Unidos) puede prescindirse de la participación en las pérdidas y es muy conocida la posición de algunos autores que niegan la existencia de la *effectio societatis*, mientras que el requisito del aporte puede ser calificado de universalmente aceptado.

Blaise, en su obra sobre el aporte ("L'Apport en Société" - Recueil Sirey - 1855) lo analiza como elemento necesario y, tras un exordio ya decisivo, estudia el problema en las diferentes especies de sociedades, trayendo a colación ejemplos tomados de la jurisprudencia y de obras doctrinarias para llegar a la conclusión de su necesidad imprescindible en todos y cada uno de los casos tratados. Y, considerándolo fundado sobre la idea de la *affectio societatis*, sostiene que es "inherente a la noción misma de sociedad".

Nuestro Código ha establecido expresamente la exigencia del aporte, en el artículo 1650, que dice: "Es nulo el contrato de sociedad, cuando alguno de los contratantes no aportase a la sociedad obligaciones de dar u obligaciones de hacer...", refiriéndose, en su parte final, al caso del aporte de crédito, que se comentará más adelante y que ha dado lugar a un interesante debate, en cuyo transcurso fue particularmente comentada la posición adoptada por Bibiloni en su Anteproyecto.

La exigencia de los aportes está perfectamente fundada y surge de la naturaleza misma de la sociedad, pues, como señala Blaise, es indispensable que tenga a su disposición elementos patrimoniales que le permitan cumplir su objetivo; de ahí que los socios no puedan mantener integralmente sus derechos sobre la totalidad de los bienes aportados, sino que deben afectar necesariamente esos elementos que integraban su patrimonio a la explotación prevista por el contrato.

Destaca el mismo autor que sería concebible, en hipótesis, la existencia de una sociedad donde no hubiera ningún aporte de los asociados sino que todos los elementos del patrimonio inicial fuesen integrados por acreedores ajenos al contrato. Sin embargo —continúa— tal solución resultaría muy poco deseable, pues permitiría toda clase de combinaciones fraudulentas y presentaría graves riesgos para los terceros que contratasen con la sociedad, ya que su garantía patrimonial sería sumamente aleatoria.

De ahí que las leyes hayan incluido la exigencia de los aportes como requisito indispensable para la constitución misma del contrato y que la doctrina uniforme de los autores haya compartido ese planteo.

Por otra parte, ese aporte necesario, para cumplir sus finalidades, debe ser real y susceptible de apreciación pecuniaria, ya que si los aportes fueran ficticios se plantearía el caso análogo al de ausencia de aquellos, con todas las consecuencias ya comentadas.

Planiol y Ripert, al referirse al texto del Código Napoleón concordante con el artículo 1650 de nuestro Código, anotan que, si alguno de los constituyentes no efectuara aporte, debería ser

considerado como donatario, en caso de haberse cumplido los requisitos de las donaciones y que, de existir un aporte ficticio, se trataría de una donación disimulada.

Debe hacerse aquí una aclaración: el Código impone la necesidad de hacer aportes pero no legisla respecto a las magnitudes que ellos pueden tener, de manera que no es necesario que sean iguales ni siquiera equivalentes ni, tampoco, que la ulterior distribución de las utilidades esté en relación matemática con la importancia de aquéllos.

Sobre la diversa naturaleza que pueden revestir los aportes, trae el Código el artículo 1649, que expresa: "Las prestaciones que deben aportar los socios consistirán en obligaciones de dar, o en obligaciones de hacer. Es socio capitalista aquél cuya prestación consista en obligaciones de dar; y socio industrial, aquél cuya prestación consista en obligaciones de hacer. Capital social se llama en este Código a la totalidad de las prestaciones que consistiesen en obligaciones de dar".

Es posible que un socio sea, a la vez, capitalista e industrial por efectuar aportes de una y otra especie, o sea que consistan en obligaciones de dar y en obligaciones de hacer.

El caso más común del aporte de capital es el de cantidades de dinero, que recibe el nombre de aporte en efectivo y no ofrece dificultad alguna; sólo cabe recordar, a su respecto, una obligación establecida por el artículo 1721 que impone el pago de intereses a aquél que, habiéndose comprometido a efectuar su aporte en efectivo en un plazo determinado, no lo realizara en ese momento, disposición que será oportunamente comentada.

Los aportes en obligaciones de dar pueden consistir en toda clase de bienes, cosas o derechos, inmuebles, muebles o semovientes.

Asimismo, pueden ser cosas futuras, créditos (estos dos casos merecen un pequeño comentario, que se relaciona especialmente con la posición de Bibiloni), fondos de comercio existentes (aun cuando se hallen reducidos a su mínima expresión, inclusive a un nombre y una clientela), derechos de autor, patentes de invención, promesas de venta, beneficios nacidos de la apertura de un crédito para una operación, etc.

También se ha considerado que puede tratarse del crédito comercial de una persona, lo cual lleva al comentario de la parte final del artículo 1650, que dice: "Es nulo el contrato de sociedad, cuando alguno de los contratantes... sólo concorra con su crédito o influencia, aunque se obligue a contribuir a las pérdidas, si las hubiere".

La interpretación generalmente aceptada entiende que el crédito a que se refiere la disposición legal es la influencia considerada como vinculaciones políticas, sociales o personales que pueda tener una persona, las cuales, como señala Lafaille ("Curso", T. II N° 543), "no valen como aporte, aunque tal factor no se traduzca en la realización de ningún hecho ilícito".

Por el contrario, se ha interpretado que el aporte del crédito comercial de una persona es posible, por tratarse de un valor pecuniario, apreciable en dinero, que puede revestir gran importancia, especialmente para una entidad nueva, que recién comienza su vida (Lafaille, loc. cit.; Planiol y Ripert, "Traité", Tome XI N° 1008).

En efecto, se ha dicho que reviste verdadera importancia patrimonial ese crédito comercial, tomando la expresión en el sentido de la facilidad de que dispone alguien ya conocido, estimado y respetado en el ambiente para encontrar quien se halla dispuesto a concederle préstamos o venderle con facilidades de pago.

Con mayor razón aún, puede consistir en la transferencia a favor de la sociedad de un crédito a favor del constituyente, cuyo deudor deberá, a su vencimiento, cancelarlo a la entidad y también en un crédito en descubierta concedido al socio y que, oportunamente, la sociedad debería cubrir cuando venciere.

Esta interpretación está abonada por los autores mencionados en la nota del codificador al artículo 1650, pues, tanto Troplong como Duvergier y Pothier, distinguen la influencia en el sentido indicado y el crédito comercial.

Sin embargo, no mencionó Vélez, en esa nota, a Freitas, cuyo artículo 3954 inc. 1° también tuvo en cuenta y la posición del jurista brasileño es diferente, ya que no reconoce distinciones.

Esto fue puesto de relieve por Bibiloni en su Anteproyecto, en la nota puesta al pie del Artículo 1655, que reproduce textualmente el 1650 del Código Civil, lo cual lo lleva a sentar una posición totalmente opuesta a la interpretación antes reseñada.

Dice Bibiloni que ha mantenido la redacción del artículo por entender que es categórica y afirma: "es nulo el contrato en que sólo concurre un socio con un crédito o influencia", no aceptando que se hagan distinciones de ninguna clase.

Aparte de Freitas, menciona el jurista argentino a Aubry et Rau (otra de las fuentes que Vélez citara en su nota), quienes tampoco efectuaban distinciones y en cuya obra se inspiró, precisamente, el jurista brasileño.

De todo lo cual infiere que existe una evidente contradicción entre la disposición legal y su nota y atribuye, tácitamente,

a esa contradicción la errada interpretación a que ha dado lugar.

En su concepto, "nada trae el socio porque no introduce actualmente capital efectivo con que la sociedad trabaja: es el crédito promesa de entrega futura eventual y cuando se realice habrá introducción de algo con que la sociedad negocie o trabaje; hasta entonces no hay más que los aportes efectivos de capitales o trabajo de otros. El crédito es el nombre que puede facilitar algún día recursos, pero por ahora es un falso aporte. El socio no ha aumentado al patrimonio social y medra sin embargo sin sacrificio del suyo con los bienes y el trabajo de otros".

"Es lo que el texto del artículo 1650 rechaza *"in terminis"*. El crédito —dice— no es aporte. No es una obligación de dar, aunque el que la promete se obligue a contribuir en las pérdidas. No es capital social... Por lo demás no hay razones para distinguir entre crédito y crédito. Con ninguno se trae peculio actual a la sociedad. Es una especulación sobre la confianza pública. Es una forma de sociedad leonina". Y termina refiriéndose a Aubry y Rau, además a Laurent, en su tomo XXVI N° 143.

Los términos de la nota y, especialmente, la frase "no hay razones para distinguir entre crédito y crédito", han dado motivo a una interpretación exagerada sobre la posición de Bébiloni, habiéndose sostenido que no aceptaría ni siquiera el aporte de un crédito que el socio cediera a la entidad.

El mismo texto del Anteproyecto desmiente esa interpretación, pues su artículo 2020 reproduce textualmente el 1707 del "Código Civil; que se finiere precisamente al abrir méndase cesión de un crédito del socio a la sociedad y que dice así: "Si la prestación consistiese en créditos, la sociedad después de la tradición se considera cesionaria de ellos, bastando que la cesión conste del contrato social. La prestación será el valor nominal de los créditos y los premios vencidos hasta el día de la cesión, si no hubiere convención expresa que la cobranza fuese por cuenta del socio cedent. Habiendo esta estipulación, la prestación será la que la sociedad cobrará efectivamente del capital y premios de los créditos cedidos".

La existencia de esta disposición, que regula lo referente al régimen del aporte consistente en la cesión de un determinado crédito, no tendría explicación valerosa si tal aporte no fuera admitido.

La exigencia de la constancia del aporte en el contrato social se vincula con la materia de la forma del contrato de cesión de créditos, que debe ser hecho siempre por escrito; de ahí que si constara en el contrato social no se requeriría otra formalidad, mientras que, por el contrario, si no hubiese contrato de socie-

dad escrito o no figurase allí el aporte, debería hacerse constar mediante instrumento público o privado.

La parte final del artículo determina cómo debe computarse el aporte consistente en la cesión de un crédito, estableciendo que, en principio, se lo debe tasar de acuerdo a su valor nominal e intereses adeudados hasta la fecha de la cesión, pero admitiendo la posibilidad de convenir que el socio pueda hacerse cargo de los riesgos de la cobranza, incorporando así únicamente al capital social el importe realmente percibido.

El caso del aporte de crédito ha motivado diversas decisiones de nuestra jurisprudencia, entre las cuales pueden mencionarse los fallos siguientes: Cámara Civil 1° en J. A. XXXVI-543 ("Es nula la sociedad, uno de cuyos socios sólo aporta un crédito comercial e industrial que no traduce una cooperación real ni da eficacia a la responsabilidad de la sociedad ante terceros") y Cámara Civil 2° en J. A. LII-465 ("El aporte de clientela en una sociedad con un procurador es de "Crédito o influencia").

También merece unas pocas palabras el aporte de la totalidad del patrimonio de una persona, considerado en el momento de asociarse y en el futuro, tema que se vincula estrechamente con el de las sociedades universales, que será considerado al estudiar la clasificación de las sociedades y sus diversas especies, pero respecto al cual cabe adelantar, desde ahora, que tales sociedades, aceptadas en otras legislaciones, como la francesa, fuente principal de la nuestra en esta parte, han sido desechadas por Vélez Sarsfield.

A este problema se refiere el Artículo 1851, que establece: "Es nula la sociedad de todos los bienes presentes y futuros de los socios, o de todas las ganancias que obtengan; pero podrá hacerse sociedad de todos los bienes presentes designándolos; y también de las ganancias, cuando ellas sean de ciertos y determinados negocios".

El codificador dedicó a este artículo una interesante nota, en cuya frase final está la clave de su pensamiento y de la solución legal: "Nosotros no admitimos sociedades de capitales inciertos". Esa solución la adoptó de los Códigos de Prusia, de Vaud y de Holanda, desechando así la tradicional doctrina de derecho romano, recogida por la legislación hispánica y la codificación francesa, a todo lo cual se hace referencia en la nota.

En resumen, que la comunidad de bienes para el logro de una ventaja patrimonial determinada es admitida cuando se refiere al presente y siempre que los bienes aportados se determinan perfectamente.

No se acepta, por el contrario, la unión completa de patrimonios para hoy y el futuro, que únicamente tiene lugar, dentro de nuestro Código, en el caso de la sociedad conyugal.

Refiriéndonos, ahora, exclusivamente al supuesto de los aportes consistentes en obligaciones de dar, cabe distinguir según que haya transferencia a la sociedad del dominio, o sólo del uso y goce de las cosas, lo cual reviste fundamental importancia con relación a la situación jurídica de los bienes aportados, puesto que, mientras en un caso la sociedad será propietaria de los mismos, en el otro revestirá el carácter de simple tenedora o detentadora de bienes ajenos.

El Código se ha ocupado de este aspecto en el capítulo VI del Título de la sociedad, habiéndole dedicado varios artículos, que van desde el 1702 hasta el 1706.

En caso de no haberse establecido en qué forma se aportan los bienes, se considera que lo han sido transfiriendo el dominio; para que así no fuere, debe constar "...manifiestamente que los socios le transfirieron sólo el uso o goce de ellos", según lo determina el artículo 1703.

Este principio reconoce, sin embargo, una excepción, que surge de lo dispuesto en el Artículo 1705: "La prestación de un capital es sólo del uso o goce del mismo cuando la sociedad se consiguiera de un socio capitalista y de otro meramente industrial".

El codificador ha considerado oportuno confirmar la presunción del Artículo 1703 con referencia a determinados bienes, a los cuales ha dedicado el siguiente, que dispone: "Pertenecen al dominio de la sociedad las prestaciones de cosas fungibles y de las no fungibles que se deterioran por el uso; las cosas muebles e inmuebles aportadas para ser vendidas por cuenta de la sociedad, o que hayan sido estimadas en el contrato social, o en documento que a éste se refiera".

Al comentar esta disposición legal, Salvat distingue cuatro casos diferentes incluidos en la solución y da el fundamento particular para cada uno de ellos.

Respecto a las cosas fungibles, en argumentación coincidente con la desarrollada por Macharilo y Lafaille, señala que ellas deben pertenecer a la sociedad, "porque sin tener su propiedad sería imposible disponer de las mismas y el aporte sería ineficaz". Llerena sostenía lo contrario, admitiendo la posibilidad de un aporte de uso y goce de cosas fungibles, siempre que así se hubiera establecido en el contrato, a lo cual se ha respondido diciendo que se trata de un criterio equivocado, ya que la reserva de la propiedad de una cosa fungible implica establecer su indisponibilidad, según surge del Artículo 2325.

Cuando las cosas no fungibles se deterioran por el uso, hay una razón de sentido común que determina la transferencia de su dominio a la sociedad, ya que ésta lucra con su utilización y debe, por consiguiente, hacerse cargo de su pérdida de valor, para lo cual debe ser titular de ellas, a lo cual agrega Laurent que su posible destrucción exige que se haya transferido el dominio, ya que no podría restituirse en especie aquello que ya no existe.

El supuesto de las cosas aportadas para ser vendidas por la sociedad no requiere mayores explicaciones, pues ella sólo podría proceder a venderlas si fuere su propietaria.

En cuanto al último caso, el de aquellas cosas cuyo valor hubiere sido estimado al constituirse el contrato, se ha entendido que hay una simple interpretación de la voluntad de las partes, pues parece lógico que esa valuación se haya establecido para determinar exactamente el valor del aporte, lo cual únicamente tendría lugar en caso de transferencia del bien estimado, que debe pasar a formar parte del activo social.

Los artículos 1702 y 1706 contemplan las consecuencias jurídicas de los aportes de bienes en propiedad o en uso y goce respectivamente: en la primera hipótesis, la sociedad adquiere el dominio y, cuando llega el momento de su disolución, el socio carece de derecho a requerir la restitución del bien que fue su aporte, aun cuando se encontrare todavía en especie dentro del activo.

Es decir que la transferencia es definitiva y sin restricciones. De ahí que deban cumplirse todos los requisitos legales, en especial la tradición, sin la cual en nuestro derecho no se adquiere ningún derecho real.

De ahí se sigue que los riesgos pasan a pesar sobre la sociedad, al igual que ésta se beneficia con los frutos.

Hay una simple aplicación de principios generales, cuyo juego resuelve todo lo referente a este tema. Así, como en el caso de aportes en uso y goce, la misma máxima, "*res perit domino*", explica la solución que dispone que el socio sigue corriendo con los riesgos de pérdida total o parcial de los bienes aportados de esa manera.

Por otra parte, también dispone expresamente el Código que, en el caso de aportes en uso y goce, al disolverse la sociedad, los socios pueden exigir la restitución de los bienes, naturalmente, en el estado en que se hallaren.

Respecto a los aportes consistentes en obligaciones de dar existe otra disposición en el Código que merece un breve comentario. La parte final del Artículo 1649, que dice: "Capital social

se llama en este Código la totalidad de las prestaciones que consistiesen en obligaciones de dar”.

Entendemos que hay a este respecto un error del codificador, quien debió asignar un valor que integraba el capital de la empresa a los aportes de trabajo, pero la posición de Vélez es defendible, pues ha querido dar a la expresión capital social un sentido de responsabilidad patrimonial de la sociedad frente a terceros, únicamente en cuanto esa responsabilidad fuese susceptible de una valuación directa en dinero.

Sin embargo, ello lleva a una dificultad que surge de la posibilidad de los aportes de bienes en uso y goce, pues sería necesario determinar en qué forma se computarán esos aportes a efectos de su inclusión dentro del capital social y de la atribución consiguiente de valor que debe dárseles.

Es interesante contemplar las decisiones jurisprudenciales que ha motivado este concepto de capital social, pues ha sido necesario distinguirlo del patrimonio de la sociedad, precisamente por la forma en que Vélez lo legisó y, asimismo, por razones económicas y fiscales.

Así, han resuelto nuestros Tribunales que:

“El capital social debe distinguirse del patrimonio social. Aquél, suma de los aportes iniciales de los socios, se mantiene invariable durante toda la existencia de la sociedad”.

“El capital social queda determinado en forma fija y definitiva con la entrega de los aportes de los socios; si éstos no hicieron constar que sólo transferían el uso y goce, queda entendido que fueron transmitidos en propiedad a la sociedad”. Cámara Civil 2ª en La Ley 68-173.

La integración de los aportes presenta algunas características particulares según su respectiva naturaleza, que conviene recordar.

En el caso de prestaciones de dar, debe seguirse la necesidad de la tradición o entrega, que se aplica cuando se trata de cosas ciertas o inciertas, causando, en este último supuesto, la pertinente determinación.

Si se tratare de bienes inmuebles, deberán tenerse en cuenta las formas requeridas, de acuerdo a lo dispuesto por el inciso 3º del Artículo 1184, que exige escritura pública. Tal solución es una manifestación de un aspecto general, relacionado con la forma que debe revestir el aporte, que depende de las formalidades establecidas por el Código para la transmisión de las diversas especies de bienes.

Cabe recordar, al respecto, lo expresado respecto a la cesión de un crédito; asimismo, si el aporte consistiese, por ejemplo en la transferencia de un fondo de comercio deberían cum-

plírese los requisitos impuestos por la Ley 11.867; si se tratara de la cesión de una patente de invención o de una marca de comercio, los señalados en las respectivas leyes, etc., etc.

En todos los casos el socio responde a la sociedad por evicción y vicios redhibitorios (Artículo 1701); en el Título de la Evicción hay un Capítulo, el III, dedicado especialmente a la evicción entre socios, donde está reglamentado el tema, de acuerdo a los principios generales que rigen en la ley a esa garantía. Por otra parte, en el Título de los Vicios Redhibitorios, el Artículo 2180 se refiere al supuesto de la sociedad.

Para terminar con la consideración del tema del aporte de bienes cabe formular alguna breve reflexión respecto al cumplimiento tardío de su integración.

El tema está regulado por el Artículo 1721, que dice: "El socio que no aportase a la sociedad la suma de dinero que hubiese prometido, debe los intereses de ella desde el día en que debió hacerlo, sin que sea preciso interposición judicial. Si la prestación ofrecida consistiese en otro género de cosa, debe satisfacer las pérdidas e intereses".

Esta disposición merece dos observaciones: una referente a la mora y la otra a la distinción que debe hacerse entre el supuesto de aportarse sumas de dinero u otra clase de bienes.

En primer lugar, respecto a lo establecido con referencia a la imposición de intereses desde que venció el plazo convenido sin necesidad de interposición judicial, puede señalarse la existencia de una derogación al principio general del Código respecto a la mora. Aunque nada dice el codificador sobre la fuente del Artículo, está tomado del Código Francés, cuyo Artículo 1846 sienta análoga posición, agregando aun una obligación más amplia pues exige se reparen las pérdidas e intereses que, además, hubiesen podido ocasionarse a la sociedad.

Vale decir que el Código Napoleón no distingue entre aportes en efectivo o en otra clase de bienes, como hace Vélez, que parece haber sentido un criterio más ajustado desde el punto de vista económico, especialmente en relación al momento en que realizó su obra; en efecto, en esa época era relativamente sencillo reemplazar una suma de dinero por otra igual proveniente de otras fuentes, abonando un interés razonable y, aun hoy, a pesar de las distintas condiciones económicas y financieras del país, siempre puede obtenerse dinero mediante el pago de un interés, aun cuando a veces su magnitud cree dificultades graves.

El aporte del socio industrial está regido por el Artículo 1708, que dispone: "Si la prestación consistiese en trabajo o industria, el derecho de la sociedad contra el socio que lo prome-

116 será regido por las disposiciones sobre las Obligaciones de hacer".

Es decir que, de acuerdo a una práctica bastante habitual en él, especialmente en esta Sección dedicada a los contratos, Vélez Sarsfield ha resuelto el problema mediante una remisión, en este caso, a los Artículos 625 a 631, o sean los primeros del Título VIII de la Sección I del Libro Segundo.

Este recomendable procedimiento de técnica legislativa fue seguido también por el Proyecto de 1936 en el inciso 5° de su Artículo 1235.

Teniendo en cuenta la importancia que ordinariamente tiene para la sociedad el aporte de un socio industrial, cuyas aptitudes personales se han tenido normalmente en mira al constituirlo, el Código ha dedicado al supuesto de su incumplimiento una disposición particular, el Artículo 1709, que establece: "No prestando el socio industrial el servicio prometido, sin culpa de su parte, la sociedad podrá disolverse. Si el servicio prometido se interrumpiese sin culpa suya, los socios tendrán derecho únicamente para exigir una disminución proporcional en las ganancias. Si no prestare el servicio por su culpa, los otros socios podrán disolver la sociedad o continuar con ella con exclusión del socio industrial".

Es decir que, en todos los casos, pueden los socios disolver la sociedad si el socio industrial dejare de hacer su aporte, precisamente, por la importancia que tiene ese aporte y por el carácter de *actus reus* personal más marcado que revisten las obligaciones de hacer.

No obstante, el codificador consideró que debía introducirse una diferencia según que fuera o no culpable el socio industrial por su incumplimiento, a cuyo efecto formuló las distinciones contenidas en los párrafos finales del texto: la exclusión sólo puede tener lugar en caso de existir culpa.

En el supuesto de interrupción del servicio ya comenzado a prestar se ha hecho una distinción por los comentaristas del Código (Ver Machado T. IV, pág. 545), que la ley no hizo en sus términos, separando la interrupción momentánea y la permanente y aceptando la solución del Artículo 1709 sólo para el primer caso, por entender que, si la interrupción fuera definitiva, la sociedad debería inevitablemente disolverse, ya que lo contrario implicaría aceptar la posibilidad de que un socio nada aportase a la sociedad, como señala Acuña Azorena en la nota 115 a) al N° 1411 de Salvat y fundando su opinión en la de Laurent (T. XXVI N° 252) respecto al carácter de obligación "sucesiva" del socio industrial, la cual continúa durante todo el tiempo de vigencia de la sociedad,

Como consecuencia de su exacta distinción, Machado ha dicho que existe un error doctrinario del codificador y Acuña Anzorrena comparte su idea. Sin embargo, precisamente por tratarse de un contrato de tracto sucesivo creo que no hay tal error, sino que el caso de interrupción definitiva está comprendido dentro del primer supuesto contemplado en el Artículo 1709, es decir, el de no prestación del servicio, que comienza cuando el socio industrial deja de realizarlo.

De acuerdo a esta interpretación, el segundo párrafo se referiría únicamente a la interrupción momentánea.

El socio industrial no puede desarrollar su trabajo fuera de la sociedad que ha constituido, salvo que expresamente se hubiese convenido lo contrario en el contrato social. La consecuencia del incumplimiento de esta obligación está determinada por el Artículo 1727, que dice: "El socio industrial debe a la sociedad lo que hubiese ganado con la industria que ponía en la sociedad", solución ésta que completa el cuadro enfocado en la disposición recién comentada.

El Proyecto de 1936, con método más acertado, ha reunido en una sola disposición, el Artículo 1239, todo lo referente al tema.

Cabe recordar que la obligación de aportar de los socios tiene una magnitud fijada en el contrato social y que la sociedad no puede exigirles que lleven a cabo más adelante, por la aparición de nuevas necesidades o circunstancias, otros aportes o aumenten los realizados.

Sin embargo, podría suceder que la sociedad no pudiese cumplir su objeto si no se aumentaren esas prestaciones en determinado momento y no es posible condenar a muerte a la entidad, si algunos de sus integrantes están dispuestos a afrontar las nuevas exigencias. En este choque de derechos, la ley ha debido arbitrar una solución que permita la supervivencia de la sociedad sin afectar la posición de los socios y lo ha hecho facultando a quien no desee llevar a cabo los nuevos aportes a retirarse y atribuyendo también a los que estén dispuestos a continuar el derecho de exigir a aquél que se retire.

La solución completa del problema está contenida en el Artículo 1710, cuyo fundamento se encuentra en que el aumento de aportes constituiría una modificación del contrato social que, por referirse al "modo de existencia de la sociedad", sólo podría ser resuelta por unanimidad, según dispone el Artículo 1672. (Salvat N° 1412).

B) *El propósito de lucro*

Es esencial en la sociedad la existencia de un propósito de lucro, es decir la finalidad de lograr una utilidad apreciable en dinero.

Vélez Sarsfield otorgó a este aspecto particular trascendencia, a punto tal que le dedicó una extensa nota, puesta al pie del Artículo 1648, en que da el concepto de este contrato y en la cual únicamente se refiere al tema del propósito de lucro.

Se trata de un elemento imprescindible y verdaderamente distintivo, pues su existencia determina a un contrato como de sociedad, mientras que su ausencia caracteriza al de asociación.

Es decir que de la presencia o no de propósito de lucro surge la diferenciación entre las sociedades y las simples asociaciones, distinción a que más adelante habrá de hacerse referencia y que el Codificador recogió en el último párrafo de la nota mencionada, cuando, tras citar el Código de Chile, puso de relieve la diferencia entre la utilidad apreciable en dinero y la puramente moral, destacando que aquellas entidades que sólo buscan una ventaja de este carácter "no son sociedades civiles, aunque lleven el nombre de sociedades".

Cabe recordar que en Francia, al dictarse el Código Napoleón y aun largos años después de entrar en vigencia, la determinación del carácter de sociedad o asociación que revistiera una entidad era sumamente importante, pues sólo las primeras estaban amparadas por la ley, en tanto las asociaciones estaban sometidas a un régimen restrictivo que tenía su origen en los primeros años de la Revolución Francesa, cuando, en un esfuerzo por afirmar la libertad del individuo, se había limitado su facultad de asociarse, habiéndose llegado a dictar la célebre Ley Chappelier, prohibitiva de las asociaciones profesionales y que, prevista como reacción contra las corporaciones medievales y la organización social que ellas representaban, fue un verdadero instrumento de opresión contra los trabajadores.

La nota del codificador ha aclarado en forma decisiva y terminante el significado de los términos "propósito de lucro" y "utilidad apreciable en dinero", pero en la fuente principal de nuestra ley, el Código Francés, no era así y ello dio lugar a un prolongado debate jurisprudencial y doctrinario de indudable interés.

Si bien existió siempre acuerdo respecto a que no podía constituirse una sociedad al solo efecto de no sufrir ciertas pérdidas o de atenuarlas mediante la unión de varias personas, el problema se planteó en torno a la manera cómo debía interpretarse el concepto de utilidad patrimonial, de beneficio apreciable en dinero.

Troplong (a quien cita la nota de Vélez) sostuvo que no era necesario que se previera la existencia, como ganancia, de una cantidad de dinero que los socios podrían distribuir entre sí, sino que era suficiente que se tuviera en mira un resultado que significara para los socios una ventaja patrimonial, es decir, que tuvieran un beneficio que pudiera medirse pecuniariamente, aunque no fuera posible repartirlo.

En tal sentido atribuyó el carácter de contratos de sociedad a las convenciones que Vélez menciona en su nota precisamente como ejemplos de lo contrario. Consideraba el gran jurista francés, que fue Presidente de la Corte de Casación, que había en ellas ventaja pecuniaria evidente.

La doctrina opuesta es la generalmente admitida por los autores franceses y su argumento fundamental, muy bien desarrollado por Aubry y Rau, consiste en poner de manifiesto que si bien podría sostenerse la existencia de un beneficio patrimonial, tal utilidad no podría dividirse entre las partes, las cuales únicamente podrían gozar de ellas por separado, privativa y sucesivamente. Esta argumentación fue aceptada por Vélez e inclusive reproducida parcialmente en la nota, cuando dice: "Pero ese beneficio no es divisible entre los partícipes de la cosa, tal como se entiende la división entre los socios, condición esencial de toda sociedad".

Planiol y Ripert (*Traité T.*, XI N° 382) defienden también el criterio extensivo en la interpretación del propósito de lucro, apoyándose, para ello, en el concepto que daba Pothier (*Comme d'Orléans*, Introducción al Tit. XI, N° 1), que afirmaba: "Sociedad es el contrato por el cual dos o más personas ponen en común, sea sus bienes, sea su industria, para retirar el provecho en común".

De allí infieren aquellos autores su conclusión, pues afirman que el provecho que puede retirarse de ciertos bienes puestos en común no consiste necesariamente en dinero y sostienen que puede tener como objeto, inclusive, el uso y goce de determinadas cosas.

Afirman, por otra parte, que el Código no tuvo intención de modificar el concepto anteriormente aceptado y que se puede concretar en la definición de Pothier y citan en apoyo de su interpretación el contenido del Artículo 1841 del Código Francés, que entienden prevé el caso del beneficio de uso y goce.

La jurisprudencia francesa, por su parte, tras una larga evolución, se pronuncia en forma, al parecer definitiva, en 1914, en un fallo plenario de las Cámaras reunidas, en que se determinó que debía existir "una ganancia pecuniaria o una ganancia material que acrecentase la fortuna de los socios".

Entre nosotros no ha existido debate, ante la definida posición adoptada por la nota al Artículo 1648 que es terminante en la exigencia de ser utilidades que los socios puedan dividirse, además de significarles un aumento en su patrimonio.

Ha seguido así Vélez, no sólo al Código de Chile, sino también los antecedentes de la legislación española, muy claros en este tema.

En la legislación más moderna se ha abandonado, en varios Códigos, como el Alemán, el Suizo y el Brasileño, la exigencia esencial del propósito de lucro, bastando que se persigan finalidades comunes entre los socios. Al respecto puede verse el T. II, parágrafo 172 del Tratado de Enneccerus-Kipp-Wolff.

Surge de allí que se consideren sociedades las entidades que se constituyen para una campaña política, para la instalación de un museo, para la representación de una obra teatral de divulgación carente de posibilidades de producir ganancia pecuniaria, etc.

C) División de las Utilidades y de las Pérdidas

Ya en la definición del Artículo 1648, el codificador introdujo expresamente este elemento esencial al decir que "... (los socios) dividirán entre sí..." la utilidad que obtengan de la sociedad.

Sin embargo, no consideró suficiente esta mención y la reforzó, mediante lo dispuesto en el Artículo 1652: "Será nula la sociedad que diere a uno de los socios todos los beneficios, o que le libertase de toda contribución en las pérdidas, o de prestación de capital, o que alguno de los socios no participe de los beneficios".

La nota a esta última disposición, aunque breve, es importante, por cuanto destaca que la solución adoptada se aparta de la aceptada por el Derecho Romano y recogida por Pothier, en cuanto consideraba válida la cláusula por la cual se eximía a un socio de participar en las pérdidas eventuales que pudieren existir, si ese socio aportaba a la entidad alguna ventaja especial, opinión que, como la nota pone de relieve, fue ya combatida por Aubry y Rau.

No quiere decir esto que el Derecho Romano, ni tampoco Pothier, hayan aceptado la sociedad leonina, calificación que se da a aquéllas donde todas las ganancias son para uno de sus integrantes o bien cuando alguno de ellos no participa en las pérdidas y que, precisamente, fue utilizada por Pothier.

Lo que se admitía en Roma era la interpretación de una especie de compensación entre la ventaja particular aportada y

la exención de las pérdidas, pero ni aun esto ha sido aceptado por el codificador, con buen criterio.

Análoga posición había adoptado con anterioridad el Código Francés, que había prohibido formalmente las sociedades leoninas, a las que sancionó con la nulidad; sus comentaristas apoyaron uniformemente la solución adoptada.

Por el contrario, se produjo en Francia, con motivo de este tema, un debate jurisprudencial y doctrinario, respecto a si la nulidad se refería al contrato de sociedad en sí mismo, o solamente a la estipulación prohibida. La solución a que arribó la casi totalidad de la jurisprudencia y prácticamente toda la doctrina es que la sanción implica la nulidad del contrato (Aubry y Rau, T. XI § 377-79; Guillouard N° 208; Baudry-Lacantinerie y Wahl N° 288; Planiol y Ripert, T. XI N° 1044; Thaller y Pío N° 54; etc.).

El argumento favorable a esta posición se basaba en el análisis del consentimiento de los socios, ya que es presumible que el favorecido por la cláusula leonina únicamente haya aceptado formar parte de la sociedad precisamente por la existencia de aquélla.

Tal solución registra, por otra parte, antecedentes en los trabajos preparatorios del Código Napoleón. El Tratado de Planiol y Ripert se refiere en el lugar mencionado a expresiones de Treillard y Bouteville en tal sentido; el primero en la exposición de motivos ante el Cuerpo Legislativo y el segundo en su informe al Tribunado. Dijo textualmente este último: "una convención que diere todos los beneficios a una de las partes y la liberara de todas las pérdidas, no es una sociedad".

La claridad de la solución de nuestro Código ha hecho prácticamente imposible la repetición del debate en nuestro país.

La nulidad es absoluta, por razones de orden público y, por ende, el acto no es susceptible de prescripción ni de confirmación.

Salvado el principio de la participación y su efectiva realidad, la ley es amplia en lo referente a permitir que la distribución se haga de acuerdo a bases convencionalmente adoptadas.

No es, pues, necesario que las utilidades se distribuyan o se participe en las pérdidas en proporción a los aportes de cada socio, ni siquiera que sea igual la proporción 3/4 en el caso de haber ganancias y en el de existir pérdidas. Expresamente, lo ha resuelto el inciso 8° del Artículo 1654, que dice: "(Son válidas las estipulaciones siguientes.) Que cualquiera de los socios no soporte las pérdidas en la misma proporción en que participa de las ganancias".

D) *Affectio Societatis*

Quizá sea éste el elemento más interesante de los que constituyen el contrato de sociedad y es indudablemente uno de los puntos más espinosos de su estudio; es común oír hablar de la *affectio societatis* o leer afirmaciones o negaciones a su respecto, pero es menos común que quienes lo comenten se pongan de acuerdo respecto al verdadero significado de esta noción.

Por otra parte, ha dado lugar a una abundante bibliografía y ha preocupado por igual a civilistas y comercialistas, quienes han debido, al estudiar la sociedad, abocarse a la consideración de su esencia y sus caracteres.

Ultimamente en la Argentina el Dr. Horacio Fargosi le ha dedicado su tesis doctoral, habiéndola analizado con erudición y sutileza, con amplio acopio de datos recogidos de la jurisprudencia y de las obras de los autores nacionales y de los más destacados exponentes de la doctrina extranjera, que ha sistematizado con exactitud, para terminar su obra con la exposición de su propio pensamiento en la materia.

El primer problema que se plantea al estudioso que desee desentrañar el concepto de este elemento del contrato de sociedad es su existencia, respecto a lo cual no hay, por cierto, uniformidad en la doctrina.

Como primera aproximación al tema cabe recordar que la definición del Artículo 1648 del Código omite mencionarlo. Tampoco lo incluía el Código Napoleón y, sin embargo, tanto en Francia como en la Argentina, la mayor parte de los autores considera a la *affectio societatis* elemento esencial del contrato.

Si bien la locución *affectio societatis* no proviene del Derecho Romano, el problema ya fue tenido en cuenta, en cierto sentido, en Roma, donde se discutía si determinados contratos hacían nacer una *actio pro-socio* o una *actio proscriptis verbis* y donde ya Ulpiano aportó una solución al debate, requiriendo para la existencia de un contrato social que las partes hubiesen tenido "*animus contrahendae societatis*", pero esa solución, muy simple desde el punto de vista teórico, resultaba de difícilísima aplicación en la práctica.

Más tarde, Pothier, preocupado por la constitución de sociedades aparentes cuya verdadera finalidad era ocultar la usura, buscó también lograr, por medio de la intención de los contratantes, la caracterización definitiva del contrato de sociedad.

Al dictarse el Código Napoleón se volvió a plantear en Francia análoga discusión, tanto en doctrina como en jurisprudencia y apareció, en un momento dado, la expresión *affectio societatis*.

La opinión más general afirmaba, ya entonces, que no eran suficientes los elementos que figuraban en la definición del Artículo 1832 del Código Francés —concordante con el 1648 del nuestro— por cuanto el aporte, el propósito de obtener beneficios pecuniaros y la participación en esas utilidades o en las pérdidas que eventualmente se produjeran pueden encontrarse en otras especies de contratos y que, por consiguiente, se hacía indispensable completar el concepto de la sociedad, agregándose el elemento intencional, que es decisivo.

Ese elemento es, precisamente, la *affectio societatis*.

Ante la coincidencia de la solución legal en Francia y en nuestra Patria es particularmente valioso analizar, aunque sea muy brevemente, el debate habido en aquel país y las conclusiones generales aceptadas allí.

Como primera observación cabe señalar que no toda la doctrina acepta la necesidad ni la existencia de la *affectio societatis*. Puede verse, en tal sentido, la obra de Colín y Capitant (T. II, pág. 810 de la 4ª edición) y el "Précis" de Wahl (nº 469) que no la incluyen en las respectivas definiciones, que integran con los demás elementos mencionados, que son, por otra parte, los que la ley requiere expresamente.

Hamel, en un artículo publicado en la *Revue Trimestrielle* (1925, pág. 761), que quizás sea lo mejor que se ha publicado sobre el tema, refuta el criterio de aquellos autores, reafirmando que los demás elementos pueden hallarse en varios otros contratos y que únicamente con la inclusión de la *affectio societatis* puede comprenderse exactamente el significado de la sociedad, citando como instituciones donde se presentaría el problema de la diferenciación al contrato de trabajo y al préstamo.

La posición de negar la existencia de este elemento es sostenida por una parte muy reducida de la doctrina y de la jurisprudencia y puede considerarse totalmente desechada.

Acordada, en principio, su existencia, se presenta otro problema, de difícil solución, su caracterización, ya que definirlo como la voluntad de constituir una sociedad significa incluirlo dentro del consentimiento y entrar, además, en un círculo vicioso.

Procurando alcanzar un criterio claro para resolver este problema, los autores han buscado ubicar una nota estrictamente objetiva que pudiera definir la *affectio societatis* y permitiera determinar la línea demarcatoria entre el contrato de sociedad y los otros institutos capaces de confundirse con él.

Hamel, en el artículo antes citado, reseña esos esfuerzos.

La primera explicación que se dio, durante la redacción del Código Napoleón, fue la del tribuno Bouteville, quien exigió,

para que hubiera sociedad, la existencia de una igualdad jurídica perfecta entre los socios, que tendrían, así, similitud y equivalencia de derechos. La tesis es inaceptable por no ajustarse, en manera alguna, a la realidad, ya que la desigualdad jurídica entre los socios es lo normal al haber diferencias, ordinariamente, en cuanto a la administración, el uso de la firma social, etc.

El concepto de igualdad o similitud ha sido, sin embargo, una idea fructífera; más adelante, Thaller y Pic (*Sociétés Commerciales*, T. I, n° 65) recogieron el principio, aunque, naturalmente, rectificando la concepción de Bouteville, ya que no hicieron referencia a la igualdad de derechos sobre los aportes, sino que trasladaron la cuestión del campo jurídico al económico, de donde la igualdad de derechos dejó su lugar a la igualdad en la colaboración económica.

Pudo decir, entonces, Pic que el contrato de sociedad requiera como elemento esencial la colaboración activa y consentida de todos los socios y, además, que esa colaboración se preste en un plano de igualdad.

Es de notar que, entre nosotros, Lafaille adoptó esta posición, afirmando que la *affectio societatis* es el propósito de los contratantes de considerarse como colaboradores con derechos análogos.

Se reconoce así a este requisito como forzoso, señalando que las personas que colaboran con sus aportes y se proponen obtener lucro con el movimiento del capital social o el rendimiento de su esfuerzo deben tener el ánimo de tratarse entre sí en un nivel igualitario: no hay relación de dependencia y ningún socio recibe órdenes de otro.

El argumento contrario a la posición de Bouteville mantiene aquí su validez; tampoco esta tesis se ajusta estrictamente a la realidad; los ejemplos referidos al comentar aquella pueden reproducirse en este caso, con el agregado que existe en ciertos tipos de sociedades una diferencia en cuanto al número de votos que corresponde a determinadas acciones, lo cual introduce aun un factor más de desigualdad en cuanto a la importancia económica de la respectiva participación de sus titulares.

El análisis, aun somero, de estas dos posiciones permite a Hamel concluir que la igualdad entre los socios no puede configurar un elemento esencial del contrato de sociedad, ni en el terreno estrictamente jurídico ni en el económico.

Sin embargo, Lafaille, que había de llegar a un sistema mixto, uniendo las tesis de Hamel y Pic, refutó las objeciones del primero, sosteniendo que las diferencias relativas que se introdujeran dentro de un régimen básicamente igualitario (que llegó a calificar de democrático, por analogía) no afectarían el fon-

do del asunto ni llegarían a instituir, en rigor, al socio favorecido una posición superior a la de sus consocios.

Hamel, por su parte, superando la teoría de Pic, ha desarrollado la suya en el mencionado artículo de 1925 y la ha ratificado, resumiéndola, en su *Traité de Droit Commercial* de 1954.

Su exposición parte de la necesidad, que juega absoluta, de estudiar este elemento en la intención de las partes y la finalidad que persiguen en este acto jurídico: ello lo lleva al problema de la causa en el contrato, noción que también fue utilizada en la doctrina francesa para explicar la *affectio societatis*.

Sin entrar aquí en un planteo de tan debatida cuestión y haciendo referencia, simplemente, a la explicación más sencilla que ve la causa del contrato para cada uno de los contrayentes en las obligaciones que asume el otro contratante, aparece de inmediato, con plena evidencia, que el contrato de sociedad tiene una causa muy singular, diferente, por cierto, de la de los otros contratos bilaterales y lo suficientemente particular como para que se procure constituirlo en base de la *affectio societatis*.

Aceptando tal posición puede concluirse que la causa del contrato de sociedad es la de las diversas obligaciones que de él nacen, o sea el fin que buscaba cada contratante al suscribir el pertinente acuerdo.

Aun cuando el mismo Hamel reconoce que la aplicación de este criterio no es fácil y que se trata de una regla cuyo manejo requiere cierta capacidad y habilidad particulares en el intérprete, la clave es ciertamente interesante y utilizable.

En efecto, en los demás contratos sinalarmáticos, cada uno de los contrayentes tiene en mira, esencialmente, como fin, obtener del co-contratante cierta prestación que es, a su vez, causa de su propia obligación. Hay en ellos una indudable oposición de intereses, ya que cada uno trata de obtener un beneficio en detrimento, en cierta manera, de la otra parte; puede decirse, inclusive que, de primera intención, son adversarios.

En cambio, en el contrato de sociedad la situación es diferente: la oposición de intereses deja aquí su lugar a una convergencia de voluntades, que procuran alcanzar un beneficio en común. Esta voluntad de unión es, ciertamente, el primer aspecto esencial de la causa del contrato de sociedad y, por ende, de la *affectio societatis*.

De ahí que, en lugar de existir varios co-contratantes que sean, en cierta manera, adversarios, hay un verdadero tratado de alianza acordado, una alianza ofensiva y defensiva para las relaciones con los terceros.

Sin embargo, preciso es reconocer que esa voluntad de unión no resulta suficiente ya que, si bien no en forma tan visible,

aparece también en otras varias especies de convenciones, como la *aparceria* y el contrato de trabajo con participación del empleado en las utilidades y, especialmente, para quienes sostienen la concepción social cristiana de la comunidad de empresa.

Se hace necesario, por consiguiente, buscar otra nota que complete la noción de *affectio societatis*; la que va a permitir caracterizarla en forma completa es la voluntad de aceptar en común determinados riesgos.

Esta aceptación voluntaria, querida, del riesgo desempeña un papel capital en la sociedad, ya que si bien los riesgos son, en esencia, los mismos que aparecen en los demás contratos, o sea, provenientes de los mismos contratantes o de fuerzas extrañas, su importancia relativa es muy diferente.

Hasta analizar muy superficialmente esta figura contractual para comprobarlo: el que nace de los contratantes puede referirse al cumplimiento de los aportes, a la previsión de la administración social, etc., mientras que el que proviene de causas extrañas adquiere extraordinaria amplitud, ya que es el riesgo inherente a una explotación, a una empresa, tomado este vocablo, no en su sentido técnico, preciso, que le asigna, por ejemplo, el Código de Comercio, sino en su acepción común de actividad organizada que se desarrolla en el tiempo, que tiene duración, que está sometida a la posibilidad de contingencias sobrevinientes e imprevistas.

Es evidente que el socio toma sobre sí mismo una parte de los riesgos que nacen de esa actividad, cuya explotación constituye, precisamente, el objetivo del contrato.

El contrato es absolutamente inseparable de estos riesgos, ya que el derecho nacido de aquél es el objeto directo del riesgo: si el mal riesgo triunfa, ese derecho puede desaparecer íntegramente, como, de hecho, ocurre en numerosas ocasiones.

De ahí que los riesgos de la empresa dominen completamente el contrato. Al asociado, al contratante, le toca, en suma,...

(o debido tenerlo) este aspecto fundamental y hay, por consiguiente, una aceptación voluntaria de ese riesgo particular, que constituye, precisamente, un elemento esencial de la *affectio societatis*.

Hamel llega así a componer la noción de *affectio societatis* con la yuxtaposición de los dos términos comentados, la voluntad de unión y la de aceptar deliberadamente ciertos riesgos particulares.

En su excelente tesis, Fargues revisa la posición que adoptan en este tema, además de la doctrina nacional y la francesa, la italiana, la española y la brasileña. Es interesante resumir, muy brevemente, sus observaciones.

La doctrina italiana, carente, en este punto, de la originalidad de los autores franceses, ha aceptado, en general, la existencia de la *affectio societatis*, eligiendo para explicar su esencia una u otra de las construcciones antes reseñadas; así, para Rodière es "la manifestación clara de voluntad de querer formar sociedad"; para Manara es "la intención de los contratantes de repartirse entre ellos las ganancias y las pérdidas que podrían resultar"; para Palmeri y Brunetti se vincula con la noción de causa; para Soprano es "la conciencia de los socios de actuar como miembros de la colectividad social, vinculados el uno al otro, encaminados en la senda de la finalidad común, expuestos al mismo riesgo y debiendo comportarse de acuerdo con la ley y el contrato", mientras que Salvadori niega su necesidad y Vivante la considera incluida dentro del consentimiento.

En cuanto a los autores españoles y brasileños, la opinión de Fargosi les acuerda aun menor originalidad y, por ende, inferior importancia.

Entre nosotros, la *affectio societatis* ha sido incluida entre los elementos esenciales del contrato de sociedad por la casi totalidad de nuestros juristas, entre quienes podría señalarse la excepción casi única de Aráuz Castex, quien tuvo oportunidad de desarrollar su opinión en un fallo de jurisprudencia que siempre se recuerda al comentar este tema, quizás, precisamente, por señalar una disidencia dentro de un cuadro de rara uniformidad.

Así, pueden mencionarse entre quienes consideran esencial a este elemento al maestro, por antonomasia, de toda una generación de estudiosos, al inolvidable Héctor Laffaille y también a otro maestro, Salvat y a su anotador, Arturo Acuña Anzorina, con quienes coinciden tanto los civilistas como los autores de Derecho Comercial; Fargosi menciona a Ricci, Díaz de Guisarro, Ramella y Halperín, Arias, Colombo, Parry, Pérez, Bielsa, Rozadón, Siburu, Acevedo, Castillo, Rivarola, Fernández, Garro, Malagarriga.

Lo mismo, ha ocurrido con la jurisprudencia de los Tribunales nacionales, que ha aceptado, casi siempre, a la *affectio societatis* como elemento esencial, pudiendo mencionarse, al respecto, los fallos civiles publicados en J. A. 32-177 y en La Ley, 2-821, 10-84, 23-115, 29-429, 47-690, 54-622, mientras que sosteniendo la opinión adversa se pronunció la Cámara Civil 1ª en el fallo publicado en La Ley 58-541, conforme al voto de Aráuz Castex antes mencionado.

Sostuvo el referido magistrado que la *affectio societatis* no era elemento del contrato de sociedad y que podía asimilársela a "la confianza en el mandato y el amor en el matrimonio". Fargosi refuta fundadamente esta posición, sosteniendo que la

sociedad y el mandato, a pesar de ser contratos ambos, "son negocios jurídicos de naturaleza distinta, ya que la sociedad importa una organización de personas y de bienes que no existe en el mandato". Tras señalar que ambas figuras difieren, aun más profundamente, del matrimonio, destaca que, inclusive, puede considerarse a la confianza de la esencia del mandato, para lo cual cita a Lafaille y Josseland.

Para dar un cuadro más completo de la posición de nuestra jurisprudencia, cabe referirse a las decisiones de los Tribunales Comerciales, que han sido unánimes en la afirmación de la existencia de este elemento de la sociedad; pueden verse, al respecto, J. A. 2-648; La Ley 7-11144, 47-819, 49-570, 63-497, 61-577, 69-128.

La misma opinión ha sido sustentada por Tribunales Federales y Provinciales cuando han debido pronunciarse sobre el tema.

Aunque la explicación de Hamel defina con precisión la materia de la *affectio societatis* no se puede poner fin a esta exposición sin referirse a la tesis sostenida por Faragosi, que si bien acenta básicamente el criterio de la "cooperación" o la "colaboración" con sentido económico, para determinar la noción en estudio, agrega una nota que reviste innegable interés y contribuye a delimitar aun mejor la *affectio societatis*.

Señala, con agudeza, el autor argentino que en toda sociedad hay una relación para cada socio entre el interés social de la entidad y el interés individual propio y que "la condición de socio lleva insita en sí la necesidad de que los socios pongan sus intereses egoístas al interés social", lo cual, naturalmente, les exige una determinada "conducta", que "estriba en el ejercicio correcto y normal de sus derechos, en el respeto y cumplimiento de sus obligaciones y en la adecuación de sus intereses personales con el objeto societario, de modo de hacer posible la obtención de él".

Como puede apreciarse, se trata de un concepto de la *affectio societatis*, que le asigna un contenido dinámico, ya que se pondría de manifiesto plenamente en el período funcional de la sociedad.

Como conclusión de lo expuesto cabe afirmar la existencia de la *affectio societatis* como elemento esencial de la sociedad y caracterizarla en base a la voluntad de colaboración, con sentido económico, sin relaciones de superioridad o dependencia entre los socios, con una deliberada aceptación de los riesgos propios de una explotación o empresa y la exigencia de una conducta de los socios que anteponga, al interés particular de cada uno, el interés social de la entidad.